# Die prozessuale Vertretungsmacht der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft.

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

**Fritz Lorenz**
Referendar a. D. aus Bautzen
Vizefeldwebel d. Ref. und Offiziers-Aspirant
bei der M.-G.-K. des 4. Königl. Sächs. Infanterieregiments Nr. 103,
XII. Armeekorps, 32. Inf.-Division.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1916.

# Inhaltsverzeichnis.


| | | Seite |
|---|---|---|
| | Einleitung | 1 |
| § 1. | Begriff der Liquidation | 1 |
| § 2. | Streitfragen über die Wirkung der Liquidation | 2 |
| § 3. | Die Liquidatoren | 6 |
| § 4. | Die Begriffe der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht | 7 |
| § 5. | Streitfragen über die Bedeutung dieser beiden Begriffe für das Wesen der Liquidation | 9 |
| § 6. | Die Liquidatoren als „ausschließliche" Vertreter der Liquidationsgesellschaft | 11 |
| § 7. | Die Vertretungsmacht im Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch | 16 |
| § 8. | Die Prozeßfähigkeit der Liquidatoren | 18 |
| § 9. | Streitfragen über die Eidesleistungspflicht der Liquidatoren | 20 |
| § 10. | Die Zeugnisfähigkeit der Gesellschaft | 25 |
| § 11. | Die Nebenintervention, das Urteil, die Vollstreckbarkeit | 27 |
| § 12. | Die Unterbrechung des Prozesses | 29 |

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545814_0052

# Literaturverzeichnis.

Vorbemerkung.

Ich habe die Literatur nicht vollständig und teilweise nicht in den neuesten Auflagen benutzen können, da ich die Dissertation in der Ruhezeit des Stellungskrieges habe ausarbeiten müssen. Der Verfasser.

---


**Anschütz** und **v. Völderndorff**, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts. Bd. 2.

**Auerbach**, Das Gesellschaftswesen. 1861.

BayrObLG. im „Recht" 1905.

**Behrend**, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig. Bd. 1, 3. Lieferung 1884, 4. Lieferung 1886.

**Bolze**, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, vom Senatspräsidenten A. Bolze (zit.: Bolze) 1886.

**Busch**, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. (zit.: BuschsArch.)

**Busch** und **Bierhaus** in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 9. Berlin 1886.

**Cosack**, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. Stuttgart 1900.

**Denzler**, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte. Zürich 1902.

**Endemann**, Das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. Heidelberg 1876.

**Endemann**, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. Leipzig 1881.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RG.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (zit.: ROHG.)

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten. 1. Teil: Entwurf 1857, 2. Teil: Motive 1857.

**Francken,** Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung. Stuttgart 1890.

**Gareis,** Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

**Gaupp-Stein,** Die Zivilprozeßordnung auf der Grundlage des Kommentars von Gaupp, herausgegeben von Friedrich Stein. 7. u. 8. Aufl. 1906.

**Goldmann,** Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. 5. Lieferung (Bd. 2, 1. Lieferung). Berlin 1901. 6. Lieferung (Bd. 2, 2. Lieferung). Berlin 1902. 7. Lieferung (Bd. 2, 3. Lieferung). Berlin 1903.

**Goldschmidt,** Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. (zit.: GoldschmidtsZ.)

**Gorski,** Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Wien 1888.

**v. Hahn,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Bd. 1. 4. Aufl. Braunschweig 1894.

**Hellwig,** Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1902.

**Hergenhahn** und **Tuchatsch,** Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.

**Holdheim,** Monatsschrift für Handelsrecht. (zit.: Holdheim.)

**Jerschke,** Der Liquidator der offenen Handelsgesellschaft. Straßburg 1895.

**Johow** und **Küntzel,** Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (zit.: KGJ.)

**Keyßner,** Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft. Separatabdruck aus der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 10. Erlangen 1866.

**Laband** in Zeitschrift für Handelsrecht.

**Lehmann,** George, über das Rechtsgewand der offenen Handelsgesellschaft. (zit.: G. Lehmann.) Elbing 1882.

**Lehmann,** Karl, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1912. (zit.: K. Lehmann.)

**Lehmann-Ring,** Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902. (zit.: Lehmann-Ring)

**Lutz,** Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. 1. Teil Protokoll I—XLV. 1858.
3. Teil Protokoll XCIX—CLXXVI. 1858.
9. Teil Protokoll DXLVIII—DLXXXIX. 1861.

**Makower,** Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Bd. 1. Berlin 1906.

**Müller,** Die rechtliche Stellung der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft nach dem Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Greifswald 1900.

**Nöldeke,** Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft während der Liquidation. Straßburg 1887.

**North,** Liquidator und Konkursverwalter von Handelsgesellschaften. (Ein Vergleich) Magdeburg 1906.

**Paristius-Crüger,** Das Reichsgesetz betr. Erwerb- und Wirtschaftsgenossenschaften. Kommentar. 6. Aufl. Berlin 1908.

**Pappenheim** in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 38 S. 589 ff.

**Pinther,** Die rechtliche Stellung der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft nach geltendem Rechte. Dresden 1909.

**Puchelt,** Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 4. Aufl. Leipzig 1893.

**Renaud,** Das Recht der Commanditgesellschaften. Leipzig 1881.

**Rassow, Künzel, Eccius,** Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 5. Folge. 1893.

**Siquet,** Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft. Straßburg 1896.

**Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Bd. 1. Berlin 1906.

**Thöl,** Das Handelsrecht. Bd. 1. 5. Aufl. Leipzig 1875.

**Vattmann,** Der Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft. Borna-Leipzig 1909.

**Wach,** Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1885. (zit.: Wach.)

**Wach,** Der Eidesbeweis in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 9 S. 433 ff.

**Wimpfheimer,** Die Gesellschaften des Handelsrechts und des Bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. München 1908.

# Einleitung.

Es handelt sich um die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft. Sie kann aus den in § 131 HGB. aufgezählten Gründen stattfinden.

Im Fall des Konkurses der Gesellschaft gilt das Konkursverfahren nach Maßgabe der Konkursordnung;[1] in allen anderen Fällen, sofern nicht die Gesellschafter rechtsgiltig etwas anderes vereinbaren, das Liquidationsverfahren (§ 145 HGB.).

## § 1.
## Begriff der Liquidation.

Die Liquidation ist das gesetzliche außergerichtliche Abwicklungsverfahren der aufgelösten Gesellschaft,[2] und ihr Zweck ist die außergerichtliche Erledigung der bestehenden Rechtsbeziehungen. Voraussetzung ist dabei, daß die Gesellschaft vorher zu Recht bestanden hat[3] und daß teilbares Gesellschaftsvermögen überhaupt vorhanden ist.[4]

---

[1] KO. §§ 209 ff.

[2] K. Lehmann S. 322/23; Vattmann S. 1; Lehmann-Ring S. 315.

[3] Behrend S. 565 Anm. 12; v. Hahn S. 576 zu Art. 133 § 10.

[4] RG. Bd. 40 S. 29 ff., bes. S. 31—33; Goldmann S. 645 zu § 145 Anm. 14.

Das durch die §§ 145—158 HGB. sich regelnde Liquidationsverfahren ruht auf dem Gedanken, daß die Gesellschaft nicht völlig zerstört, sondern in eine Abwicklungsgesellschaft verwandelt ist. Die Gesellschaft geht durch ihre Auflösung nur als Handelsgesellschaft unter, d. h. sie hört auf, den Betrieb ihres Handelsgewerbes als Erwerbsquelle fortzuführen.

## § 2.

### Streitfragen über die Wirkung der Liquidation.

Über die Art dieses Fortbestehens der Gesellschaft während der Liquidation sind namentlich vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches und des neuen Handelsgesetzbuches viele juristische Streitfragen laut geworden, da das Gesetz eine nähere Bestimmung des Begriffes „Auflösung" nicht gegeben hat. Auch unserem neuen Handelsgesetzbuch fehlt die Definition; das neue Handelsgesetzbuch stellt in § 131 nur die Auflösungsgründe auf.[1])

Die eine Meinung verneint überhaupt ein Fortbestehen der Gesellschaft und läßt eine vollständig neue Gesellschaft entstehen. Sie bewerkstelligt dies durch einen Eingehungsvertrag, der — und das ist das Charakteristische — im Weigerungsfalle von den Gesellschaftern erzwungen werden kann. Deshalb hat man diese Theorie die Zwangsvertragstheorie genannt, die in der

[1]) North S. 25; Vattmann S. 2.

gemeinsamen Abwicklung der Gesellschaftsgeschäfte ein rechtlich erzwingbares selbständiges gesellschaftliches Unternehmen sieht.[1]) Dagegen wendet sich Francken[2]) und will unmittelbar mit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft auf Grund eines präsumtiven Vertrages, der bei der Gesellschaftserrichtung stillschweigend als mitabgeschlossen zu gelten habe, die Liquidationsgesellschaft an ihre Stelle setzen. Diese Präsumtivvertragstheorie widerlegt Pappenheim in Goldschmidts Zeitschrift.[3]) Die Fiktionstheorie fingiert im Interesse der Geschäftsführung während der Liquidation die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft bis zur tatsächlichen Auseinandersetzung.[4]) Auch diese Theorie ist anfechtbar, weil es dann unerklärlich wäre, daß die Gesellschafter noch im Liquidationsstadium die Fortsetzung der alten Gesellschaft beschließen können.[5]) Auch das Reichsgericht betont, daß „von einer bloß fingierten Fortdauer der Gesellschaft nicht gesprochen werden könne.[6])

Allen diesen Theorien ist mit Recht Nöldeke mit

---

[1]) Behrend § 81 Anm. 16 S. 566/67.

[2]) Francken S. 27/28, 142 ff.

[3]) Bd. 38 S. 592.

[4]) Wächter-Renaud S. 521, 529; Goldmann S. 681/82 zu § 156 Anm. 1 u. 2; ROHG. Bd. 9 S. 84 ff., Bd. 10 S. 61 ff., bes. S. 62; Keyßner S. 20.

[5]) K. Lehmann S. 330.

[6]) RG. Bd. 5 S. 8; auch bei Francken S. 25/26, 143 ff.; mit ihm Pappenheim in GoldschmidtsZ. Bd. 38 S. 591.

seiner Kontinuitätstheorie entgegengetreten.[1]) Er faßt den Übergang zur Liquidation als Wendepunkt in der Existenz ein und derselben Gesellschaft auf, die aus dem Stadium der Entwicklung in das der Abwicklung tritt. Ihm hat sich besonders K. Lehmann mit der Identitätstheorie[2]) angeschlossen. Die Abwicklungsgesellschaft ist nach innen wie nach außen völlig identisch mit der offenen Handelsgesellschaft vor der Auflösung, nur läßt das Gesetz die produktive Seite der Gesellschaft aufhören,[3]) indem es die Rechtssätze, die den Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft und den Betrieb eines Handelsgewerbes voraussetzen, einfach streicht.[4]) Der Liquidationsgesellschaft ist somit die Eigenschaft, durch gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes Gewinn zu erzielen, genommen. Sie besteht nur deshalb noch fort, weil und soweit es der Zweck der Auseinandersetzung

---

[1]) Nöldeke S. 6/7; Cosack S. 560; Laband in GoldschmidtsZ. Bd. 24 S. 68; RG. Bd. 28 S. 132, Bd. 15 S. 104, Bd. 24 S. 71: es bleiben unverändert Rechte und Pflichten der alten Gesellschaft; RG. Bd. 16 S. 3: Personeneinheit; RG. Bd. 25 S. 256 ff. u. Bd. Bd. 54 S. 281: Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens; Staub zu § 145 A 3 S. 542.

[2]) K. Lehmann S. 330.

[3]) RG. Bd. 16 S. 3; North S. 1.

[4]) K. Lehmann S. 330; Battmann S. 4/5: Wegfall des Konkurrenzverbotes und Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 149 HGB.); Umwandlung der weitgehenden Vertretungsmacht in eine den Liquidationszwecken dienende beschränkte Vertretungsmacht.

fordert[1]) (vgl. § 105 Abs. 2 HGB. und entsprechend § 730 Abs. 2 BGB. und daran anschließend § 156 HGB.). Daß die Firma gemäß § 153 HGB. als Liquidationsfirma zu bezeichnen ist, hat keine weiteren rechtlichen Folgen, ist vielmehr nur Ordnungsvorschrift und im Interesse Dritter vorgesehen.[2])

Von einem Aufhören der Existenz der Gesellschaft kann daher erst nach Beendigung dieser Abwicklung, d. h. nach Versilberung des Gesellschaftsvermögens, Einziehung der Gesellschaftsforderungen, Berichtigung der Gesellschaftsschulden sowie Verteilung des Überschusses an die Gesellschafter die Rede sein.[3]) Bis zu diesem Augenblick besteht die Gesellschaft als Trägerin des Gesellschaftsvermögens fort. Die Liquidation ist „die durch Dispositivgesetz angeordnete Folge der Auflösung".[4]) Sie tritt ein, ohne daß die Parteien sie ausdrücklich gewollt haben,[5]) „im Augenblick der Auflösung" und zwar von Rechts wegen.[6])

---

[1]) Vattmann S. 3; North S. 1; RG. Bd. 16 S. 3, Bd. 32 S. 256, Bd. 34 S. 362; Staub S. 542 zu § 145 Anm. 3; Cosack S. 560.

[2]) Staub § 153 Anm. 1 S. 560; RG. Bd. 15 S. 105.

[3]) RG. Bd. 41 S. 95; Vattmann S. 3.

[4]) Staub S. 543 zu § 145 Anm. 6.

[5]) Staub a. a. O.; RG. Bd. 25 S. 257/58, Bd. 27 S. 95.

[6]) Cosack § 109 III, 2 S. 560; dagegen Goldmann, der behauptet, daß deshalb die Liquidation eintritt, weil die Gesellschafter sie gewollt haben (S. 645 zu § 145 Anm. 13); ebenso Müller S. 28 Anm. 51.

## § 3.

## Die Liquidatoren.

Mit dem Beginne der Liquidation fällt auch die Geschäftsführungsbefugnis und die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht der firmierenden Gesellschafter weg. Die Gesellschaft würde somit ohne verwaltende und vertretungsberechtigte Organe sein. Diesen unmöglichen Zustand zu beseitigen, ist der Zweck der Einrichtung des Liquidatorenamtes: *die Liquidatoren sind die Geschäftsführer und Vertreter der liquidierenden Gesellschaft.*[1])

Das aus dem Inkassomandat entstandene[2]) Rechtsinstitut der Liquidatoren kann man nach Art der Bestellung dieser Vertreter in drei Gruppen einteilen. Man unterscheidet geborene, gekorene und gerichtlich bestellte oder ernannte Liquidatoren.[3]) *Geborene* Liquidatoren sind sämtliche bisherigen Gesellschafter, auf die kraft Gesetzes (§ 146 HGB.) im Augenblick des Eintritts der Liquidation das Liquidatorenamt übergeht. *Gekorene* oder *Wahlliquidatoren* sind die durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß sämtlicher Gesellschafter mit den Geschäften der Liquidation betrauten Personen

[1]) Behrend S. 571; K. Lehmann S. 331 ff.; Lehmann-Ring S. 315.

[2]) Francken S. 103 ff.

[3]) Lehmann-Ring S. 315; Francken a. a. O.; Gareis S. 148.

(§ 146 Abs. 1 Satz 1 HGB.). Durch das Gericht ernannte Liquidatoren werden nach § 146 Abs. 2 HGB. nur „auf Antrag eines Beteiligten und aus wichtigen Gründen" bestellt.[1]) In § 148 HGB. schreibt das Gesetz die Eintragung sämtlicher Liquidatoren sowie jeder Änderung in der Person der Liquidatoren ins Handelsregister als deklaratorisch wirkende Eintragung vor.

## § 4.

### Die Begriffe der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht.

Die Liquidatoren sind berufen, die Gesellschaft nach innen wie nach außen zu repräsentieren. Das Gesetz gewährt ihnen deshalb Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (§ 149 HGB.).

Unter Geschäftsführung versteht das Gesetz die Verwaltung der Geschäftsangelegenheiten im Innenverhältnis[2]): „Akte der Geschäftsführung sind alle auf die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bezüglichen Handlungen, soweit dabei das Verhältnis der Gesellschafter zu einander in Betracht kommt".[3]) Also ist für dieses Gebiet ihres Wirkungskreises lediglich das Verhältnis

[1]) Staub § 146 Anm. 10 S. 548; Vattmann S. 17 u. 19; RG. Bd. 12 S. 33/34.

[2]) K. Lehmann S. 302.

[3]) Behrend S. 488; Laband in GoldschmidtsZ. Bd. 14 S. 642; Vattmann S. 30.

der Liquidatoren zu den Gesellschaftern maßgebend, und der Umfang dieses Wirkungskreises ist festgelegt in § 149 Satz 1 HGB.: „Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen".

Völlig unabhängig und verschieden ist von diesem Rechtsbegriff der Begriff der Vertretungsmacht. Diese bestimmt den Wirkungskreis der Liquidatoren nach außen und ist das Recht, Dritten gegenüber Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Gesellschaft Rechte verschaffen und Pflichten auferlegen.[1]) Die scharfe Trennung dieser beiden Begriffe ist erst durch das neue Handelsgesetzbuch völlig durchgeführt worden, das z. B. in § 117 „die Befugnis zur Geschäftsführung" und in § 127 „die Vertretungsmacht" einem Gesellschafter bei wichtigem Grunde durch das Gericht entziehen läßt. Auch für das Liquidationsverfahren betonen diese Trennung der Begriffe die §§ 151 und 152 HGB.

---

[1]) Cosack S. 240 ff.; Staub zu § 114 Anm. 1 S. 439; Lehmann-Ring S. 241 zu § 114 Nr. 2; Goldmann § 114 Nr. 1 S. 507; Makower zu § 114 I S. 301.

## § 5.

### Streitfragen über die Bedeutung dieser beiden Begriffe für das Wesen der Liquidation.

Die stete Verwechslung der beiden Begriffe und die Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die scharfe Trennung von Geschäftsführung und Vertretungsmacht haben naturgemäß zu der Frage geführt, welcher von beiden Wirkungskreisen der Stellung des Liquidators wesentlich ist. Während Renaud[1]) und Laband[2]) aus verschiedenen Gründen die Geschäftsführungspflicht, Nöldeke,[3]) Lehmann-Ring[4]) und Goldmann[5]) beide Eigenschaften als die wesentlichen Merkmale für die Charakteristik des Liquidators setzen, entscheiden sich weitaus die meisten Schriftsteller[6]) für die überwiegende Bedeutung der Vertretungsmacht. Bei der Prüfung der Frage, welcher von diesen Ansichten beizustimmen ist, kommt zunächst die Bestimmung des § 149 HGB. in Betracht. Nach dem Wortlaut dieses Paragraphen scheint es zunächst, als ob die Geschäfts-

---

[1]) Renand S. 547/48.

[2]) Laband in GoldschmidtsZ. Bd. 10 S. 219, 56.

[3]) Nöldeke S. 24.

[4]) Lehmann-Ring zu § 149 Nr. 1 S. 321/22.

[5]) Goldmann § 147 Nr. 8.

[6]) Behrend S. 572 A 5; Pinther S. 4; Müller S. 27; Battmann S. 31—33.

führung ein wesentliches Merkmal des Liquidators sei. Indessen ergibt sich aus den Vorschriften des § 152 HGB., wonach die Liquidatoren den einstimmig beschlossenen Anordnungen der Beteiligten Folge zu leisten haben, daß die Vertretungsbefugnis das Wesensmerkmal des Liquidatorenamtes ist. Denn hier wird für die innere Seite der Liquidator den Beteiligten untergeordnet, während das Verhältnis der Liquidatoren zu Dritten, also ihre Vertretungsbefugnis gemäß § 151 („eine Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unwirksam") unveränderlich, d. h. wesentlich ist. Wenn demnach dem Liquidator durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten die Vornahme gewisser Handlungen untersagt werden kann, also die Geschäftsführung des Liquidators beschränkt ist, bleibt ihm dennoch die Vertretungsmacht im vollen Umfange, weil ihm diese durch Beschluß der Beteiligten nicht entzogen oder beschränkt werden kann. Praktisch ist die Frage wenig von Belang, da ein Liquidator ohne jede Geschäftsführungsbefugnis die ihm gestellte Aufgabe der Abwicklung und Auseinandersetzung der Liquidationsgesellschaft nicht erfüllen kann. Daher ist auch die zusammenfassende Form des § 149 HGB. erklärlich. Das Wesen aber der Liquidatoreneigenschaft macht einzig und allein die Vertretungsmacht aus, und gerade in dem Dasein dieser Vertretungsmacht prägt sich im Handelsgesetzbuch das Wesen der offenen Handelsgesellschaft aus, während das Bürgerliche Gesetzbuch

einen Begriff der „Vertretung der Gesellschaft“ nicht kennt.[1])

## § 6.

## Die Liquidatoren als „ausschließliche“ Vertreter der Liquidationsgesellschaft.

Mit der Vertretungsmacht der Liquidatoren, d. h. also mit der Rechtsstellung der Liquidatoren nach außen, gegenüber Dritten, beschäftigen wir uns im Folgenden. § 149 Satz 2 lautet: „Die Liquidatoren vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich“. Das Gesetz selbst bestimmt sie also zu gesetzlichen Vertretern. Es besteht in der Hinsicht eine Streitfrage, ob die Liquidatoren auch die ausschließlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft sind. Lehmann-Ring[2]) bestreitet dies aus dem Grunde, weil das „einmütige unter Zustimmung aller Beteiligten erfolgende Auftreten der Gesellschaft bezw. deren Vertreter die Vertretung durch den Liquidator erübrigt“. Er möchte insbesondere die Vertretungsmacht eines Fremdliquidators als durch das einstimmige Handeln der Gesellschafter ersetzbar ansehen und beweist das an einzelnen Fällen.[3]) Auch Nöldeke[4])

[1]) BGB. § 714 spricht nur davon, daß ein Gesellschafter ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten; K. Lehmann S. 312.

[2]) Lehmann-Ring S. 322/23 zu § 149 Nr. 1; Keyßner S. 37.

[3]) Lehmann-Ring S. 322 Anm. 1.

[4]) Nöldeke S. 28—30.

behauptet, daß ein Fremdliquidator nicht ausschließlicher Vertreter der Liquidationsgesellschaft sein könne, da er ja in seinen Rechtsbeziehungen zu den Gesellschaftern die Stellung eines Beauftragten habe. Da das Mandat freien selbständigen Willen des Mandanten, die ausschließliche Vertretung aber Dispositionsunfähigkeit des Vertretenen voraussetze, seien Mandatar und ausschließlicher Vertreter zwei einander scharf entgegengesetzte Begriffe, die sich in derselben Person bezüglich desselben Rechtsverhältnisses nicht vereinigen lassen. Daraus folgert er, daß die Gesellschafter, sobald sie nur einstimmig sind, als Mandanten jederzeit in die Geschäfte der Liquidatoren als ihrer Mandatare einschreiten und selbständig mit dritten Personen die Geschäfte abschließen können. Ja, er geht weiter und läßt sie bezüglich des Umfanges ihrer Vertretungsmacht handeln, wie sie wollen, ohne an die den Liquidatoren gezogenen Grenzen gebunden zu sein. Seine Ansicht stützt Nöldeke auf Puchelt, Anschütz und v. Völderndorff und Behrend.[1] Gegen diese Ansicht wandte sich mit Erfolg Francken,[2] der darauf hinwies, daß weder die Gesellschafter dispositionsunfähig — denn sie können die Liquidatoren berufen, abberufen und ihnen bindende Vorschriften erteilen —, sondern nur dispositionsbeschränkt sind, noch daß sich

---

[1] Puchelt S. 304 zu Art. 136 L; Anschütz und v. Völderndorff Bd. 2 S. 298; Behrend S. 571.

[2] Francken S. 150.

Mandatar und ausschließlicher Vertreter ganz ausschließen. Er weist auf den Anwalt im Anwaltsprozesse hin, der doch auch zugleich Mandatar und ausschließlicher Vertreter ist, da das Gesetz der Partei die Möglichkeit selbständigen prozessualen Handelns versagt.[1]) Nach Müllers[2]) Ansicht übersieht Francken, daß wohl die Prozeßpartei nach Abberufung des bisherigen einen anderen Anwalt bestehen „müsse", falls sie weiter vor Gericht auftreten wolle, die Gesellschafter aber nach Abberufung der Liquidatoren keine anderen Liquidatoren zu erwählen brauchten, vielmehr selbst das Liquidatorenamt übernehmen könnten. Diesen Unterschied zwischen Anwalt und Liquidator betont auch Jerschke.[3]) Auch North[4]) will auf den Fremdliquidator in dieser Hinsicht die Regeln des Auftrags oder Dienstvertrags anwenden.

Gegen die Meinungen aller dieser Schriftsteller möchten wir Stellung nehmen. Sie alle gehen von einer falschen Auffassung des Wortes „Geschäftsführung" in § 152 HGB. aus, indem sie annehmen, daß das Wort „Geschäftsführung" die Vertretungsmacht in sich begreife. Klar und deutlich spricht aber hiergegen der Wortlaut des Gesetzes: Die Liquidatoren „vertreten" nach § 149 HGB. und — die Liquidatoren haben den Weisungen der Be-

---

[1]) Auch Siquet S. 54—56.

[2]) Müller S. 58.

[3]) Jerschke S. 43.

[4]) North S. 28.

teiligten in betreff der „Geschäftsführung“ Folge zu leisten (§ 152 HGB.). Also nur in betreff der Geschäftsführung hat sich der Fremdliquidator nach dem einstimmigen Beschluß der Gesellschafter oder Beteiligten zu richten, und hinsichtlich der Geschäftsführung ist die Bestimmung des § 152 HGB. notwendig, denn der übereinstimmende Wille der interessierten Beteiligten muß dem der nichtinteressierten Fremdliquidatoren vorgehen.[1]) Es ist aber durch das Gesetz ausgeschlossen, daß im Verkehr mit Dritten die Gesamtheit der Gesellschafter neben den Liquidatoren handelnd mit auftritt und sozusagen „über die Liquidatoren hinweg mit Dritten kontrahiert“. Denn nach § 151 HGB. ist eine Beschränkung der Liquidatoren-Vertretungsmacht unwirksam. Ist aber schon eine Beschränkung unzulässig, wie kann dann ein die Liquidatoren beiseite schiebendes Handeln erlaubt sein? Damit ist die Ansicht Lehmann-Rings widerlegt. Wir brauchen uns nur noch gegen die Meinung Müllers auszusprechen, da Francken schon mit gutem Erfolge gegen Nöldeke und Müller mit Jerschke gegen Francken aufgetreten ist. Müller sagt, daß nach Abberufung eines Fremdliquidators die Gesellschafter nicht eine Neuwahl vorzunehmen brauchen, sondern daß sie selbst als Liquidatoren die Besorgung der weiteren Geschäfte übernehmen können; während die Partei nach Abberufung ihres bisherigen Anwalts einen neuen Anwalt bestellen „müsse“, will sie

[1]) Pinther S. 29; Battmann S. 35.

weiter vor Gericht auftreten. Dem kann nicht beigetreten werden. Ebenso wie die inzwischen bei dem Prozeßgericht als Rechtsanwalt zugelassene Partei als Anwalt auftritt, so treten die Gesellschafter nach Wegfall der Liquidatoren ihrerseits als Liquidatoren auf, nicht als Gesellschafter, da ja eine Liquidationsgesellschaft ohne Liquidatoren schlechterdings undenkbar ist. Haben also die Gesellschafter vor Abberufung der Liquidatoren keine anderen bestellt, so sind sie eben im Augenblick der Abberufung Liquidatoren geworden und so als „geborene" Liquidatoren vertretungsberechtigt. Es ist also der Liquidator, solange er sein Amt bekleidet, wie der Anwalt der ausschließliche Vertreter der Liquidationsgesellschaft.

Schon das Reichsoberhandelsgericht kommt unserer Ansicht nahe, indem es die Liquidatoren als „die Repräsentanten der bestehenden Gemeinschaft und die alleinigen Organe zur Wahrnehmung und Geltendmachung der aus dem Gesellschaftsverhältnisse herrührenden Rechte" bezeichnet.[1])

Das Reichsgericht[2]) wie die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[3]) sieht denn auch mit uns in dem

---

[1]) ROHG. Bd. 12 S. 215—217, Bd. 10 S. 357, Bd. 23 S. 329, Bd. 25 S. 161 ff.; Renaud S. 553.

[2]) RG. Bd. 47 S. 17/18, Bd. 5 S. 10.

[3]) Staub § 149 Anm. 1 S. 552; v. Hahn zu Art. 133 § 4 S. 574; Cosack zu § 109 Punkt 7 S. 563; Hergenhahn S. 342 und Endemann S. 422.

Liquidator den ausschließlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft aus denselben Gründen, die wir schon bei der Widerlegung der Ansicht Lehmann-Rings dargetan haben (s. S. 10 ff.).

Pinther weist noch darauf hin, daß das neue Handelsgesetzbuch wohl scharf zwischen den beiden Begriffen Geschäftsführung und Vertretungsmacht unterscheidet, trotzdem aber an einigen Stellen[1]) das Wort Geschäftsführung als Inbegriff weiterer Befugnisse verwendet. Doch auch er kommt zu dem Ergebnis, daß damit noch nicht bewiesen ist, daß die Gesamtheit der Beteiligten neben den Liquidatoren vertretungsberechtigt wäre, und bezeichnet gleichfalls mit Recht die Liquidatoren als die ausschließlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft.

## § 7.

## Die Vertretungsmacht im Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch.

Die Liquidatoren treten als ausschließliche gesetzliche Vertreter der Liquidationsgesellschaft Dritten gegenüber auf. Den Begriff der Vertretung faßt das Bürgerliche Gesetzbuch sehr weit. Es versteht unter Vertretung die Abgabe und den Empfang von Willenserklärungen in fremdem Namen im Rahmen der zustehenden Ver-

[1]) Pinther S. 30 §§ 110 u. 118 HGB.

tretungsmacht[1]) Das Handelsgesetzbuch behandelt die Vertretung zum ersten Male bei der Handlungsvollmacht und gibt für die Handlungsvollmachten nur solche Bestimmungen, die sich auf den Umfang der Handlungsvollmacht beziehen,[2]) während es im übrigen auf das Bürgerliche Gesetzbuch verweist.[3]) Insbesondere behandelt es in den §§ 48—53 die Prokuristenvollmacht. Sie unterscheidet sich von der gewöhnlichen Handlungsvollmacht dadurch, daß sie auch zur gerichtlichen Vertretung kraft Gesetzes ermächtigt, daß sie eintragungspflichtig und unbeschränkbar ist.

Weitergehend ist der Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft. Er umfaßt schlechthin alle gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen, die der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft vornehmen will, und erstreckt sich im Gegensatz zur Prokuristenvollmacht auch auf Grundstücksbelastungen und -veräußerungen und auf Geschäfte, die keine Handelsgeschäfte sind. Der Prokurist ist also nur der bestellte, der vertretende Gesellschafter aber der geborene, organschaftliche Vertreter der offenen Handelsgesellschaft, wie der Vorstand einer juristischen Person.

Diese weitgehende Vertretungsmacht der Gesellschafter wandelt sich bei Eintritt der

---

[1]) BGB. § 164.
[2]) HGB. §§ 48—58.
[3]) BGB. §§ 164 ff.

Liquidation in eine beschränkte, lediglich den Liquidationszwecken dienende Vertretungsmacht.[1])

§ 149 HGB. legt der unbeschränkten Vertretungsmacht der Gesellschafter diese Fesseln an. Satz 1 dieses Paragraphen regelt in umfassender Weise den Geschäftskreis der Liquidatoren, und Satz 2 fügt hinzu, daß sie in dem Umfange dieses Geschäftskreises die Liquidationsgesellschaft gerichtlich und außergerichtlich vertreten.[2])

## § 8.

## Die Prozeßfähigkeit der Liquidatoren.

Nach dem oben Gesagten sind die Liquidatoren im Prozeß die ausschließlichen gesetzlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft, und zwar innerhalb der durch § 149 HGB. gezogenen Grenzen ohne irgendeine weitere Beschränkung.[3]) Sie sind kraft Gesetzes die prozeßfähigen Organe der Gesellschaft,[4]) da die Gesellschaft für sich prozeßunfähig ist.

Die offene Handelsgesellschaft ist im Prozesse aktiv und passiv formell parteifähig: sie kann nach § 124 HGB. unter

---

[1]) K. Lehmann S. 331.

[2]) Staub § 149 Anm. 20 S. 555; Lehmann-Ring § 149 Nr. 9 S. 325; Makower § 149 Anm. IV D. 1 S. 392; Francken S. 151.

[3]) Staub zu § 149 Anm. 20 S. 555.

[4]) Staub zu § 149 Anm. 21 S. 555.

ihrer Firma klagen und verklagt werden.[1]) Außerhalb des Prozesses erscheint sie als Subjekt von Rechten und Pflichten, im Prozeß als Subjekt des Prozesses.[2]) Daher bedeutet Mitgliederwechsel während des Prozesses keinen Wechsel der Partei.[3]) Da die Gesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation als selbständiges Rechtssubjekt fortbesteht, treten eben diese Rechtsfolgen auch im Liquidationsstadium ein.[4])

Die Vertretung im Prozeß dieser aktiv und passiv formell parteifähigen Gesellschaft ist von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern mit dem Eintritt der Liquidation auf die Liquidatoren übergegangen. Sie nehmen Prozeßhandlungen (Anträge und Gesuche, Behauptungen und Erklärungen, Beweisantretungen und prozessuale und materielle Rechtsgeschäfte) rechtswirksam vor. An sie werden Klagen, Ladungen[5]) usw. zugestellt. Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so genügt die Zustellung an einen von ihnen; ist aber ein Rechtsstreit zwischen dem Liquidator selbst und der Gesellschaft ausgebrochen, so kann sich der Liquidator die Klage nicht selbst zustellen.[6])

---

[1]) Staub zu § 124 Anm. 5 S. 465; Battmann S. 51; RG. Bd. 14 S. 20, Bd. 45 S. 342.

[2]) Staub zu § 124 Anm. 7 S. 465.

[3]) Wach S. 521 u. 531.

[4]) Staub zu § 149 Anm. 35 S. 556 u. § 156 Anm. 18 S. 569; RG. Bd. 28 S. 134; Makower § 156 III S. 402.

[5]) Staub zu § 149 Anm. 21 S. 555; Bolze Bd. 13 Nr. 501.

[6]) RG. Bd. 47 S. 17ff.; Staub zu § 149 Anm. 24.

Wie die vertretungsberechtigten Gesellschafter vor der Liquidation, haben die Liquidatoren kraft ihrer gesetzlichen Eigenschaft als Vertreter der Gesellschaft im Liquidationsstadium die zugeschobenen Eide zu leisten[1]) (§§ 473 und 476 ZPO.).

## § 9.

### Streitfragen über die Eidesleistungspflicht der Liquidatoren.

Über den zuletzt berührten Punkt sind in der Literatur lebhafte Erörterungen angestellt worden. Wir wollen zu den wichtigsten Stellung nehmen. So wird von einigen Seiten[2]) die Parteifähigkeit der Gesellschaft bestritten: allein die Liquidatoren werden für formell aktiv und passiv parteifähig erklärt. Der Grund dieser Ansicht ist in der verwaschenen und ungenauen Auffassung der Begriffe Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit zu suchen.[3]) Die materielle Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, aktives und passives Subjekt von einem Rechtsschutzanspruch zu sein[4]). Die formelle Parteifähigkeit erstreckt

[1]) Staub zu § 149 Anm. 21 S. 555; Makower zu § 149 D. 2 S. 392 verwiesen auf § 124 II C 5 S. 325; v. Hahn zu Art. 137 § 8 S. 590; RG. Bd. 17 S. 369, Bd. 45 S. 342; ROHG. Bd. 21 S. 344 und 391, Bd. 10 S. 357; Goldmann zu § 149, 23 S. 667.

[2]) Thöl § 99 II S. 328; ROHG. Bd. 10 S. 356, Bd. 12 S. 216, Bd. 21 S. 342 u. 389, Bd. 23 S. 311.

[3]) Wach S. 520 u. 521; ROHG. Bd. 6 S. 417 ff., Bd. 20 S. 181, Bd. 24 S. 160.

[4]) Wach S. 519.

sich darauf, im Prozesse Kläger und Beklagter sein zu können[1]). Regelmäßig ist, wer formell parteifähig ist, dies auch materiell. Eine Ausnahme bildet nur die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (§§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB.). Beide sind formell parteifähig, ohne es materiell zu sein. So ist auch die Liquidationsgesellschaft formell parteifähig, während materiell parteifähig die jeweiligen Gesellschafter in ihrer Vereinigung als Subjekt des Gesellschaftsvermögens sind. Gesetzlich vertreten werden diese durch die Liquidatoren, die Prozeßfähigkeit, d. h. Fähigkeit, prozessuale Handlungen vor- und entgegennehmen zu können, besitzen. Sie allein können kraft ihrer Prozeßfähigkeit die Parteieide schwören, da die Eidesleistung in Verbindung mit der notwendigerweise erklärten Annahme des Eides (§ 452 ZPO.) eine prozessuale Handlung ist (§ 473 ZPO.). Diese letzte Folgerung hat zu einer Fülle von Meinungsverschiedenheiten geführt. Wir gehen nur auf die Ansichten der neueren Schriftsteller ein.

Für Beurteilung der Frage ist bei Müller[2]) der Unterschied von Gesellschaftsliquidator und Fremdliquidator ausschlaggebend. Er will nur den Gesellschafterliquidatoren die Eidesleistung auferlegt wissen; in den Fremdliquidatoren sieht er in ihrer Stellung zu den Gesellschaftern nur Bevollmächtigte, also gewillkürte Stellver-

---

[1]) Wach S. 520.

[2]) Müller S. 71 u. 72.

treter. Da nun der Eid eine Stellvertretung nicht zulasse, so seien die Parteieide von den Gesellschaftern zu leisten. Müller verwechselt in seiner Beweisführung das Innen- und Außenverhältnis der Liquidatoren und macht ersteres allein maßgebend für die Beurteilung dieser Frage. Wie wir früher gesehen haben, bezieht sich die Vertretung aber ausschließlich auf das Außenverhältnis der Liquidatoren zu Dritten, und in diesem Außenverhältnis haben sowohl die Gesellschafts- wie Fremdliquidatoren die gleiche Rechtsstellung: sie sind beide gesetzliche ausschließliche Vertreter der Liquidationsgesellschaft und treten als solche vor Gericht auf. Somit ist eine Unterscheidung der beiden Liquidatorarten für diese Frage ganz belanglos, und man wird beiden schon deshalb, weil die Eidesleistung ein vermögensrechtlicher Dispositionsakt ist, diese Befugnis zugestehen können.

Von einem anderen Gesichtspunkt geht Wach[1]) aus. Er will aus zweierlei Gründen den Liquidatoren diese Eigenschaft absprechen. Seine erste Begründung geht von der Voraussetzung aus, daß die Liquidatoren keine notwendigen ausschließlichen Vertreter der Gesellschaft sind. Ein Eingehen auf diese Frage erübrigt sich durch das früher Gesagte (s. § 6). Den zweiten Grund findet Wach in der Ansicht, daß der Eid kein reiner Willkürakt ist, „nicht Sache des Beliebens ist in dem Sinne, daß

[1]) Wach S. 531; Wach, Der Eidesbeweis in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft, in ZZP. Bd. 9 S. 433 ff.

man nach Wahl durch ihn sich die Wahrheitsfolge verschaffen oder die Unwahrheitsfolge auf sich nehmen könnte".[1]) So will er den Eid nicht in die Dispositionsgewalt der Liquidatoren stellen.

Wach kommt dann durch Vereinigung der beiden Gründe zu dem Resultat, daß der Eid keine gewillkürte Stellvertretung zuläßt, und verweigert somit den Liquidatoren die Befugnis, die Eide zu leisten. Diese Eigenschaft überträgt er einzig und allein den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit. Gerade die Dispositionsmacht der Liquidatoren führt jedoch u. E. zu der Gegenansicht.

Allerdings sind auch nach unserer Ansicht im Innenverhälnis die Liquidatoren bezüglich der Eidesleistung von dem Willen der Gesellschafter, denen ja materiell die Parteirolle zukommt, abhängig. Aber weil die Liquidatoren im Außenverhältnis als ausschließliche Vertreter der Gesellschaft zugleich ausschließlich die formelle Parteistellung der Gesellschaft zu verwirklichen haben, steht ihnen im Außenverhältnis die Dispositionsmacht über das Streitobjekt zu, und es können daher nur diese die der Gesellschaft auferlegten Eide schwören.

Zum gleichen Resultate wie Wach kommt Lehmann-Ring.[2]) Schon früher haben wir gesehen (S. 11), daß Lehmann-Ring von der Auffassung ausgeht, es stehe nichts im Wege, daß die sämtlichen Gesellschafter zu-

[1]) Wach, Der Eidesbeweis usw., in ZZP. Bd. 9 S. 433 ff., bes. S. 449/50.

[2]) Lehmann-Ring zu § 149 Nr. 9 S. 322.

sammen nach außen handelnd auftreten und sozusagen über die Liquidatoren hinweg ihre Dispositionen treffen könnten, kurz, daß das einmütige Handeln der Gesellschafter das Auftreten der Liquidatoren erübrige. Somit ist für ihn die Gesamtheit der Gesellschafter prozeßfähig, und den Gesellschaftern allein kommt es zu, die Eide zu leisten. Dieser Meinung schließen sich Nöldeke, Jerschke, Siquet und Francken an[1]). Nach dem schon früher über die Ausschließlichkeit der Liquidatorvertretungsmacht Gesagten ist auch diese Folgerung für uns hinfällig (s. in § 6).

Die Liquidatoren leisten als ausschließliche Vertreter der Gesellschaft die Eide. Mit dieser Meinung befinden wir uns in Übereinstimmung mit der in Wissenschaft und Rechtsprechung immer mehr durchdringenden Auffassung.[2])

Bei einer Mehrheit von Liquidatoren werden diese nach § 474 ZPO. sämtlich den Eid leisten müssen, mögen sie Einzelvertretungsmacht haben oder nicht.[3]) Handelt es sich um die Beeidung eigener Wahrnehmungen und

---

[1]) Nöldeke S. 36; Jerschke S. 58; Siquet S. 89; Francken S. 66, 152 u. 153.

[2]) Makower zu § 149 D. 2 S. 392, verwiesen auf § 124 II c 5 S. 315; Goldmann zu § 149, 23 S. 667; v. Hahn zu Art. 137 § 8 S. 590; Staub zu § 149 Anm. 21 S. 555. ROHG. Bd. 21 S. 344 u. 391, Bd. 10 S. 357. RG. Bd. 17 S. 369 ff., Bd. 45 S. 342.

[3]) Makower zu § 124 II c 5 S. 325; ROHG. Bd. 14 S. 171, Bd. 23 S. 312.

Handlungen eines einzelnen Liquidators, so sind nach § 474 Abs. 2 ZPO. die anderen von der Leistung befreit.

Tritt eine Zersplitterung unter den Liquidatoren ein, so daß einzelne den Eid annehmen, andere ihn verweigern, so entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, ob die unter Eid gestellten Behauptungen für wahr gelten oder nicht (§ 472 Abs. 2, § 286 ZPO.). Auch beim richterlichen Eide kommen wir zu demselben Resultat (§§ 473 u. 476 ZPO.).[1])

Das Offenbarungseidsverfahren richtet sich ebenfalls nur gegen die Liquidatoren. Sie haben u. a. das Vermögensverzeichnis anzufertigen und zu beschwören. Auch ein etwaiger Haftbefehl ist gegen die Liquidatoren zu richten.[2])

Gerichtsstand bleibt bei all den Prozeßhandlungen der Sitz der Gesellschaft; keinesfalls geht er beim Eintritt der Liquidation auf den Wohnsitz der Liquidatoren über.[3])

## § 10.

## Die Zeugnisfähigkeit der Gesellschaft.

Die herrschende Lehre[4]) betonte die (materielle) Parteieigenschaft der Gesellschafter und folgert daraus, daß

[1]) Staub zu § 149 Anm. 21 S. 555.

[2]) Wattmann S. 56 Anm. 1; Staub zu § 149 Anm. 21 S. 555.

[3]) Staub zu § 149 Anm. 21 S. 555.

[4]) Staub a. a. O.; RG. Bd. 17 S. 365, bes. S. 370, Bd. 35 S. 389, 399; Goldmann zu § 149 S. 667.

diese im Prozeß einst als Zeugen auftreten können. Auch die Theorie von Wach[1]) stimmt mit der herrschenden Meinung überein und folgert aus der Parteieigenschaft die Zeugnisunfähigkeit. Dem tritt aus praktischen Gründen Makower[2]) scharf entgegen. Makower bemerkt sehr richtig, daß diese Theorie dazu führen würde, daß der nichtvertretungsberechtigte Gesellschafter überhaupt nicht gehört werden kann, weder als Zeuge noch (da ihm der Eid nicht zugeschoben werden kann) als Partei.

Man wird nicht sagen dürfen, daß die Partei als solche zeugnisunfähig ist. Der Rechtssatz wird vielmehr dahin gefaßt werden müssen, daß nur diejenige Person zeugnisunfähig ist, die im konkreten Prozesse einen Parteieid leisten kann. In den Prozessen der Liquidationsgesellschaft kann dies aber die Partei als gesetzlich vertretene Person nicht (§ 473 ZPO.).

Folglich können die Nichtliquidatoren sehr wohl als Zeugen zum Prozeß herangezogen werden. Jedermann kann Zeuge sein, dem im konkreten Prozeß der Parteieid nicht zugeschoben werden kann. Nur so gelangt man zu einem praktisch annehmbaren Ergebnis. Nur so gelangt man zu der notwendigen und praktischen Ergänzung von Parteieid und Zeugenaussage.

Folglich ist z. B. zeugnisunfähig der streitgenössische Nebenintervenient, die prozeßfähige Partei, die prozeß-

[1]) Wach S. 530.

[2]) Makower zu § 124 II c 4 S. 325.

unfähige Person, falls sie nach § 473 Abs. 2 ZPO. zum Eid kommt, der gesetzliche Vertreter der Partei einschließlich des Zwangsvertreters; zeugnisfähig dagegen der gewöhnliche Nebenintervenient und die prozeßunfähige Partei, soweit sie nicht zum Eide kommt.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß kein Grund vorhanden ist, den übrigen Gesellschaftern, soweit sie nicht zum Parteieid herangezogen werden, die Zeugnisfähigkeit abzusprechen.

## § 11.

### Die Nebenintervention, das Urteil, die Vollstreckbarkeit.

Natürlich können die übrigen Mitglieder der Gesellschaft in den Prozessen, die ein vertretungsberechtigter Liquidator namens der Firma führt, als Nebenintervenienten auftreten, da sie in Ansehung ihres Privatvermögens nicht Partei sind und das ergehende Urteil auch ihnen gegenüber Wirkungen äußert.[1]) Da sie in einem solchen Falle als streitgenössische Nebenintervenienten auftreten, sind sie parteieidsfähig, folglich zeugnisunfähig (§ 69 ZPO.).

Die Wirkung eines von den Liquidatoren geführten Prozesses gleicht genau dem von der lebenden Gesellschaft abgewickelten Prozeßverfahren, insbesondere hat das Urteil

---

[1]) RG. Bd. 5 S. 70 ff., Bd. 34 S. 361 ff.; Makower zu § 124 II c 3 S. 324.

Rechtskraft für und gegen alle Gesellschafter,[1]) denn die rechtskräftige Verurteilung der Firma stellt das Bestreben einer Gesellschaftsschuld mit dem Schluß der in § 767 Abs. 2 ZPO. bezeichneten mündlichen Verhandlungen fest[2]) und ist vollstreckbar gegen die jeweiligen Mitglieder ihrer Vereinigung, d. h. in das Gesellschaftsvermögen (§ 124 Abs. 2 HGB.),[3]) nicht dagegen in das Einzelvermögen des einzelnen Teilhabers (§ 129 Abs. 4 HGB.)[4]); denn das Vermögen der Gesellschaft ist im Gegensatz zu dem Privatvermögen der Gesellschafter ein Sondergut. Damit die Zwangsvollstreckung auch in das Privatvermögen der Gesellschafter aus Gesellschaftsschulden betrieben werden kann, müssen die Gesellschafter selbst verklagt werden, und es muß gegen sie persönlich das Urteil erwirkt werden (§ 129 Abs. 1 HGB.). Somit hat der Gesellschaftsgläubiger die Wahl, ob er die Gesellschaft, oder alle, oder einzelne Gesellschafter verklagen will. Er kann auch gleichzeitig Gesellschaft und Gesellschafter als Gesamtschuldner verklagen, was aus den §§ 421 ff. BGB. hervorgeht.

So sehen wir, daß das Urteil gegen die offene Handelsgesellschaft keine Vollstreckbarkeit, wohl aber Rechtskraft gegen die Gesellschafter bewirkt, d. h. die Gesell-

---

[1]) Staub zu § 149 Anm. 35 S. 556.

[2]) Staub a. a. O. verwiesen auf § 124 Anm. 25 S. 469.

[3]) Staub zu § 156 Anm. 78 S. 569; Makower zu § 124 II c 6 S. 316.

[4]) Staub zu § 149 Anm. 35 S. 556; ROHG. Bd. 6 S. 416 ff.

schafter können Einwendungen der offenen Handelsgesellschaft nach Rechtskraft des Urteils gegen die Gesellschaftsschuld nicht mehr vorbringen,[1]) und umgekehrt kann aus dem Schuldtitel gegen die Gesellschafter nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden.[2])

Alles vom Judikat Gesagte gilt natürlich auch von einem prozessualen Vergleiche, den die Gesellschaft geschlossen hat.[3]) Dementsprechend wird auch über das Vermögen der Gesellschaft, nicht notwendig zugleich über das Privatvermögen der Gesellschafter, ein selbständiger Konkurs eröffnet (KO. §§ 211 ff.).

## § 12.

## Unterbrechung des Prozesses.

Eine Unterbrechung des Prozesses findet bei Wegfall eines Gesellschafters, der Nichtliquidator ist, nicht statt. Schon oben haben wir kurz darauf hingewiesen (s. S. 19). Er hört mit seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft auf, Partei des Gesellschaftsprozesses zu sein, ohne natürlich von seiner zivilistischen Haftung frei zu werden.[4])

Ebenso liegt es im Charakter des Firmenprozesses,

---

[1]) Staub zu § 149 Anm. 35 verwiesen auf § 124 Anm. 25 S. 469; Goldmann zu § 149 Anm. 26 S. 667.

[2]) Makower zu § 124 II c 6 S. 326.

[3]) Staub zu § 124 Anm. 25 S. 469.

[4]) Makower zu § 124 II c 2 S. 324; Goldmann zu § 149 Nr. 24 S. 667; RG. Bd. 45 S. 342.

daß der Neueintretende mit seinem Eintritt Mitpartei und als solche berechtigt und verpflichtet wird.[1]) Nur der Wegfall eines Liquidators durch Tod, Verlust der Prozeßfähigkeit oder Ausfall der Vertretungsmacht unterbricht den Rechtsstreit (§§ 241, 246 ZPO.).[2])

Auch tritt eine Unterbrechung des Prozesses ein, sobald die Klage nicht während des Liquidationsstadiums, sondern schon vor der Auflösung erhoben worden ist, also der Rechtsstreit schon schwebte. Mit der Auflösung der Gesellschaft geht die Vertretungsbefugnis von den bis dahin vertretenden Gesellschaftern auf die Liquidatoren über (§ 241 ZPO.). Die Unterbrechung währt so lange, bis der neue gesetzliche Vertreter, also der Liquidator, von seiner Bestellung Anzeige macht oder bis ihm der Gegner seine Absicht, den Rechtsstreit fortzusetzen, gemäß § 250 ZPO. anzeigt.[3]) Die Liquidatoren haben ihre Vollmacht dann nachzuweisen, und zwar auch dann, wenn es dieselben Personen sind, die vor Auflösung der Gesellschaft als Vertreter auftraten.

Endlich ist es wohl denkbar, daß ein Liquidator selbst gegen die Gesellschaft klagt.[4]) In diesem Falle ist durch Wahl oder Ernennung anderer Liquidatoren oder durch Umwandlung der Kollektivvertretungsmacht in

---

[1]) Makower zu § 156 II 6 S. 402.

[2]) Makower zu § 124 II c 2 S. 324.

[3]) Lehmann-Ring zu § 156 Nr. 3 S. 334.

[4]) Staub zu § 149 Anm. 24 S. 555.

Einzelvertretungsmacht für eine anderweitige Vertretung der Gesellschaft zu sorgen.[1]) Dabei kann sich der klagende Liquidator die Klage nicht selbst zustellen (§ 185 ZPO.).[2])

---

[1]) Staub zu § 149 Anm. 24 u. 25 S. 555; Goldmann § 149 Nr. 25 S. 667, § 150 Nr. 4; Battmann S. 40; RG. Bd. 7 S. 405, Bd. 47 S. 17 u. 18. Im Resultat übereinstimmend: Makower zu § 149 IV b S. 392; anderer Ansicht: ROHG. Bd. 9 S. 31.

[2]) Staub a. a. O.; Makower a. a. O.; RG. a. a. O.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.